

CONTROLE INCIDENTAL NAS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADE

BRUNO BOQUIMPANI SILVA

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: I. Introdução: o escopo dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade e as questões prejudiciais. II. O controle de vigência. II.1. Revogação da norma impugnada. II.2. Revogação da norma paradigma. III. Um caso especial: o controle em face das normas internacionais de proteção aos direitos humanos. IV. O controle de constitucionalidade. IV.1. Controle das normas processuais. IV.2. Controle da norma constitucional paradigma. IV.3. Competência legislativa concorrente: o controle incidental como mecanismo de resolução de conflitos entre norma geral e norma suplementar. V. Conclusão.

I. Introdução: o escopo dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade e as questões prejudiciais

No ordenamento jurídico brasileiro convivem, desde a edição da Emenda Constitucional 16/65 – há quase meio século, portanto – dois sistemas de fiscalização de constitucionalidade dos atos do poder público: o *difuso*, segundo o qual compete a qualquer órgão jurisdicional exercer, de forma incidental, o controle de constitucionalidade para fins de resolução *in concreto* da lide que lhe é submetida, e o *concentrado*, realizado pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunais estaduais por intermédio das ações diretas de constitucionalidade, processos que têm por finalidade apreciar e declarar em tese e com eficácia geral e vinculante a conformidade ou desconformidade do ato estatal com as Constituições federal e estaduais, respectivamente.¹

O modelo implantado, denominado eclético ou misto, conjugou em nosso ordenamento o sistema da *judicial review* norte americana, que já era de nossa tradição desde promulgação da Constituição republicana de 1891, com o sistema de jurisdição constitucional concentrada, no molde formulado pelo gênio de Kelsen, experimentado pela primeira vez na Constituição austríaca de 1920 e posteriormente disseminado por toda a Europa continental.²

A inovação do controle em tese, uma vez inserida, impôs desafios aos estudiosos e aplicadores do Direito nacional, ao inaugurar uma forma de atuação

¹Consoante ressalta Clemerson Clève, a ação direta interventiva da União nos Estados, instituída pela Constituição de 1934, trazia em si já alguns elementos do que viria a ser a ação direta de inconstitucionalidade, muito embora, como adverte o autor, por ela não se realizasse um controle de tipo abstrato, estando por isso situada num ponto intermédio entre a fiscalização da lei em tese e em concreto. (*A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p125.)

²Cf. José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, *passim*.

judicial dissociada de alguns dos princípios basilares do direito processual, disciplina à época já bastante desenvolvida no país.³ Introduzia-se no ordenamento, afinal de contas, um processo eminentemente objetivo, sem partes e sem lide, que não busca a satisfação de pretensões intersubjetivas, senão apenas a manutenção da higidez do ordenamento jurídico em sua conformidade sistêmica e hierárquica.⁴

Com grande esforço da doutrina e significativa evolução jurisprudencial, fez-se, aos poucos – e não sem algumas licenças ao purismo conceitual – a conciliação entre as feições típicas das ações diretas de constitucionalidade com o arcabouço teórico da dogmática processual.

Assim, com o aparo de uma ou outra aresta, vários dos caracteres das ações constitucionais passaram a ser estudados e desenvolvidos à luz dos institutos do direito processual. Com efeito, a mais notável peculiaridade das ações diretas – sua aptidão para que se declare, com eficácia geral e vinculante, a inconstitucionalidade de uma lei, com sua conseqüente extirpação do ordenamento jurídico – pôde ser mais facilmente compreendida à luz de categorias processuais como o *objeto processual* e a *res judicata*.

Também com o recurso ao direito processual, realçaram-se os traços distintivos entre o controle de constitucionalidade que se exerce pela via difusa e aquele que se procede pela via direta, notadamente em relação ao grau de eficácia atribuída à decisão de inconstitucionalidade que, num ou noutro caso, se venha a exarar: é que, enquanto no controle concentrado por via de ação a questão constitucional constitui o objeto mesmo do processo e, logo, constará da parte dispositiva da sentença – única a ser imunizada pelos efeitos da coisa julgada –, no controle difuso ela é apenas uma premissa de ordem material a ser conhecida pelo julgador como etapa prévia e necessária ao julgamento do pedido propriamente dito, ou, na terminologia técnica, uma *questão prejudicial*.⁵ Daí porque, ao contrário do que de ordinário acontece no controle direto, a pronúncia de inconstitucionalidade no sistema difuso não ostenta eficácia *erga omnes* ou vinculante, podendo ser rediscutida, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, em outros processos e perante outros órgãos do Judiciário, salvo para reexame da mesma causa.⁶

Nada de novo se disse até aqui: para fins de aferição judicial, a constitucionalidade dos atos estatais é, em sede de controle concentrado, questão principal, enquanto na via difusa é mera questão prejudicial. A obviedade desta afirmação não deveria, contudo, obscurecer o fato de que, *nas ações diretas de constitucionalidade, os tribunais frequentemente exercem – de forma mais ou menos ostensiva – o controle de tipo incidental, mediante a apreciação de questões prejudiciais atinentes, inclusive, à constitucionalidade das leis.*

³A celeuma acerca da atuação judicial nos processos objetivos pode ser aferida na discussão entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal Moacyr Amaral Santos e Aliomar Baleeiro quando do julgamento da Rp 700 (RTJ 45:690), ocasião em que ambos divergiam sobre se a ação direta constituiria verdadeira ação processual ou espécie de instrumento político.

⁴Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990, p.251.

⁵José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 50.

⁶Cf. Alexandre Freitas Câmara, *A coisa julgada no controle direto da constitucionalidade*, in Daniel Sarmento (org.), *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, *passim*; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos*, in Revista Forense, vol. 335/17-44.

À inserção do controle de tipo incidental nas ações diretas de constitucionalidade e às possibilidades que, em decorrência disso, se abrem ao desenvolvimento da jurisdição constitucional são dedicadas as linhas seguintes.

II. O controle de vigência

A hipótese de certo mais corriqueira em que se exerce um tipo de controle incidental na via direta consiste no exame de vigência das normas cotejadas na ação constitucional.

Por se tratar de um instrumento vocacionado à defesa da ordem jurídica enquanto direito posto – e não, como visto, à solução de litígios intersubjetivos – o julgamento de uma ação direta de constitucionalidade tem como premissa necessária de seu desenvolvimento a verificação da aptidão atual das normas confrontadas para a produção de efeitos jurídicos. Dessa forma, a norma impugnada que, por consequência de sua revogação, já não opere efeitos, é tida por incapaz de causar irritações à Constituição e, por isso, não autoriza o manejo da ação direta.⁷ De igual maneira, não se vislumbra ofensa ao ordenamento objetivo quando não mais vigor a norma constitucional invocada como paradigma de controle, pois, para autorizar o controle concentrado, a ofensa deve ser à Constituição em vigor, e não às disposições constitucionais já revogadas. Nas duas situações, se constatada a revogação após a propositura do feito, configura-se a perda superveniente do interesse processual para o julgamento da ação direta.⁸

Pelas especificidades que cada um destes casos suscita, cumpre analisá-los separadamente em seguida.

II.1. Revogação da norma impugnada

Como salientado, não há interesse processual para o julgamento de uma ação de constitucionalidade quando constatada a revogação da norma questionada perante a Constituição. Em casos tais, o Supremo Tribunal Federal posiciona-se pela extinção do processo sem apreciação do mérito.⁹

É preciso ressaltar, contudo, que as alterações legislativas procedidas no diploma impugnado que não cheguem a modificar o conteúdo dos dispositivos normativos questionados pela ação direta, ou que lhes acarrete alteração meramente formal – como, v.g., a atribuição de nova numeração aos artigos – não influem no curso processual e tampouco prejudicam o seu julgamento.¹⁰

O problema da perda do objeto da ação direta em função da revogação da norma impugnada era mais premente em relação às medidas provisórias, quando

⁷Clemerson Clève, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 195.

⁸Clemerson Clève, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 225.

⁹Por todos, confira-se a ADI 254 QO, Relator: Min. Maurício Corrêa, DJ 05-12-2003:

“EMENTA: (...) Se a norma inquinada de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato deixa de integrar o ordenamento jurídico, porque revogada, torna-se insubsistente o interesse de agir. Consequência: Prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda do seu objeto.”

¹⁰ADI 3426, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01-06-2007:

“EMENTA: I. ADIn: prejuízo inexistente, quando a alteração legislativa superveniente não acarretou modificação na norma questionada (...)”

em vigor o regime anterior à Emenda Constitucional 32/2001, período em que eram ainda admitidas sucessivas e ilimitadas reedições desses atos normativos pelo Presidente da República até a final apreciação do Congresso Nacional. Nesta época, sustentava o Supremo, com acentuado rigor formal, que a cada nova reedição da MP deveria o requerente aditar a petição inicial a fim de incluir a nova versão publicada, mesmo se não sofresse nenhuma modificação significativa de seu conteúdo, sob pena de extinção do feito.¹¹ Hoje em dia, o posicionamento continua válido em relação à conversão das medidas provisórias em lei,¹² embora, ao nosso ver, tal providência devesse ser reservada apenas aos casos em que se procede alteração substancial dos dispositivos questionados.¹³

II.2. Revogação da norma paradigma

Inobstante a Constituição gozar dos atributos da supremacia e da rigidez, ela não configura um conjunto de disposições normativas imutáveis, haja vista a previsão, em seu próprio corpo, de mecanismos formais para sua alteração: as emendas constitucionais e a revisão constitucional. Por existir, portanto, a possibilidade de revogação de normas constitucionais, o Tribunal que exerce o controle de constitucionalidade não pode se eximir da tarefa de aferição da vigência do preceito paradigma, da mesma forma que procede em relação ao ato impugnado.

O exame a que se alude pode, porém, adquirir maior complexidade quando dirigido aos parâmetros do controle de constitucionalidade. Como se sabe, uma das particularidades das ações diretas consiste na abertura da causa de pedir, ou seja, na inexistência de vinculação da Corte constitucional aos fundamentos apontados pelo requerente, sendo possível a declaração de inconstitucionalidade do ato atacado por razões jurídicas diversas daquelas vertidas na inicial.¹⁴ Dessa forma, não basta a constatação de revogação do preceito constitucional invocado pelo autor da ação direta para se declarar, incontinenti, a perda do objeto do processo. É necessário verificar, antes, se o ato que se pretende fulminar é, em tese, ofensivo a outros dispositivos constitucionais cuja vigência não foi afetada pela modificação da Constituição. Em se verificando a hipótese, deve o Tribunal levar a cabo seu ofício de guardião da ordem constitucional, procedendo ao julgamento da ação.

Atestada que seja a revogação do dispositivo constitucional pretensamente violado, a solução, como já se viu, é a extinção da ação direta. Deve-se precisar que este pronunciamento acarreta o encerramento do feito sem exame do mérito da ação, de maneira que subsistirá sem solução a questão da compatibilidade entre a norma vergastada e a norma constitucional em face da qual fora impugnada. A controvérsia jurídica, e as muitas repercussões que podem dela decorrer no plano

¹¹Cf. ADI 1882, Relator: Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 01-09-2006:

“Ementa: Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória Nº 1.704-2, de 28 de Agosto de 1998. Falta de Aditamento à Inicial Ante a Reedição do Ato Normativo Impugnado. A falta de aditamento à inicial, em razão da reedição da medida provisória, implica a perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. Ação prejudicada.

¹²ADI 4048-MC, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJ 22-08-2008:

“(...) Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. (...)”

¹³No mesmo sentido MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, p.128.

¹⁴V. Gustavo Binbenojm, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 150.

intersubjetivo, apenas não poderão ser conhecidas na sede de ação direta, mas restarão plenamente sindicáveis pelas ações subjetivas.

O Supremo Tribunal Federal consolidou, também, o entendimento de que o advento de emenda à Constituição não é capaz de sanar o vício de inconstitucionalidade imputado ao ato normativo, tendo assim refutado a tese da constitucionalização superveniente.¹⁵ Segundo o posicionamento atual da Corte Suprema, a aferição da conformidade das leis e atos do poder público à Carta Política deve ser procedida à luz do direito constitucional vigente quando da edição da norma impugnada, e não do que sobreveio por força da modificação constitucional.¹⁶ Na hipótese de tal acontecimento se verificar no curso de uma ação direta, a sua extinção decorrerá da perda do interesse processual, evento que não deve ser confundido com o julgamento de improcedência. Também aqui, o debate quanto a constitucionalidade fica relegado à via processual adequada.

III. Um caso especial: o controle em face das normas internacionais de proteção aos direitos humanos

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, grassou grande controvérsia acerca da interpretação do segundo parágrafo de seu art. 5º e da posição que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos deveriam ocupar em nosso ordenamento jurídico. Não faltaram expoentes da doutrina a sustentar, inclusive, que a cláusula de abertura sistêmica instituída no precitado dispositivo implicava a elevação das normas internacionais de direitos humanos ao status de direito constitucional.¹⁷

No âmbito da jurisdição constitucional, porém, prevalecia o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do *leading case* do Recurso Extraordinário nº 80.004,¹⁸ julgado no ano de 1977. De acordo com as conclusões consolidadas neste precedente, inexistia qualquer privilégio de ordem hierárquica entre os tratados internacionais e as normas de direito interno, havendo de prevalecer, em caso de conflito, as normas de edição mais recente, segundo o critério cronológico.¹⁹ Tal posicionamento foi por vezes ratificado pelo Pretório Excelso, inclusive ao tratar da aplicação de normas internacionais de proteção aos direitos humanos.²⁰

A emenda constitucional 45/2004 veio a inserir o parágrafo 3º do art. 5º da Constituição, com a previsão de que os tratados e convenções sobre direitos

¹⁵Em sentido contrário, a sustentar a admissibilidade da constitucionalidade superveniente em nosso sistema, conferir Celso Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997. p. 78.

¹⁶Cf. RE 390840, Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 15-08-2006;

¹⁷Constitucionalidade Superveniente - Artigo 3º, § 1º, da Lei Nº 9.718, de 27 de novembro de 1998 - Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. [...]”

¹⁸Assim, dentre outros, José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.178 e Flávia Piovesan, *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo Max Limonad, 2003, p. 44-48.

¹⁹RE 80.004-SE, Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 1º/06/1977.

²⁰Conforme apontava Luis Roberto Barroso, a “orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior.” (*Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17).

²¹Foi o que se verificou, por exemplo, nos julgamentos do HC nº 72.131-RJ e do HC nº 75.306-RJ.

humanos que sejam aprovados de acordo com procedimento legislativo qualificado – semelhante ao das emendas à Constituição – gozarão do status de norma constitucional, no que constituiu geniosa solução normativa para a controvérsia. Geniosa, porém parcial, eis que subsistiu a celeuma acerca da eficácia e hierarquia das normas internacionais de conteúdo humanitário já integradas ao ordenamento nacional, ou que venham a sê-lo segundo o procedimento normal de internalização – assinatura, ratificação parlamentar via decreto legislativo e promulgação por decreto presidencial.

Recentemente, porém, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, procedeu ao reexame da matéria e, nessa ocasião, ao analisar a subsistência das hipóteses em que a legislação ordinária brasileira admite a prisão civil do depositário infiel e seu confronto com as disposições da Convenção Americana de Direito Humanos – Pacto Internacional de San José da Costa Rica – a Corte constitucional alterou seu posicionamento, com expresse reconhecimento da superioridade hierárquica dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação às leis internas infraconstitucionais.

A virada se deu, todavia, com a assunção de uma posição intermediária entre a constitucionalização das normas internacionais e a simples equiparação à legislação interna. Segundo a construção atual do Supremo, as normas internacionais de direitos humanos que tenham ingressado em nosso ordenamento por meio distinto daquele previsto no parágrafo 3º do artigo 5º, ostentam hierarquia superior às leis internas, mas inferior, porém, à própria Constituição.²¹

A repercussão desta nova orientação no plano do controle concentrado de constitucionalidade por via de ação direta é, por certo, menos promissora do que a que se teria caso albergada a tese da constitucionalização dos tratados de direitos humanos, sobretudo pela significativa expansão dos parâmetros de controle a todo o bloco de constitucionalidade integrado pelo texto magno e pelos inúmeros instrumentos de direito internacional humanitário. Mesmo não sendo assim, porém, há desdobramentos que podem influir no julgamento das ações diretas, senão por alargamento do seu objeto propriamente dito, ao menos por intermédio de um controle do tipo incidental.

Afora o ordinário controle de vigência anteriormente aludido – e que deve ser realizado também à luz das normas de direito internacional – parece inevitável que a Corte constitucional tenha de enfrentar, ainda que em caráter incidental, a questão da adequação da norma impugnada pela ação direta aos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil. Trata-se de uma forma de apreciação da validade da norma objeto do processo que, inobstante não equivalha ao controle de constitucionalidade, prejudica o julgamento da ação direta, quando menos para o fim de atestar a inexistência de violação direta à Constituição e, por conseguinte, o não cabimento da ação. Pois não se cogitará declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei cuja validade seja *ex ante* infirmada perante norma situada, na escala hierárquica, abaixo da Constituição.²²

²¹O posicionamento coincide sobre o que dispõem sobre a matéria as Constituições da Alemanha (art. 25), da França (art. 55) e da Grécia (art. 28).

²²Esta é a posição tradicional de nossa jurisprudência, que nega, no controle jurisdicional de constitucionalidade, a parametricidade das normas interpostas. Sobre o tema, ver José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito*

Já há casos práticos em que se visualiza esse problema. Por exemplo, no julgamento da medida cautelar na Adin-MC 3.937,²³ que trata da legitimidade de lei do estado de São Paulo que proscreeve a utilização do amianto crisotila – produto, por sua vez, de uso autorizado pela Lei Federal nº 9.005/1995 – o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre a questão da compatibilidade da norma federal autorizativa com as disposições protetivas da Convenção de nº 162, da Organização Internacional do Trabalho, promulgada por meio do Decreto nº 126/1991, para, uma vez afirmada a contradição entre a norma interna e a norma internacional que lhe é superior, indeferir a cautelar de suspensão do diploma estadual.

Igual análise deverá ser procedida quando do julgamento, pelo Supremo, das Adins de nº 4.249 e 4.306, nas quais são questionados os diplomas legislativos editados, respectivamente, pelos estados de São Paulo e Rio de Janeiro para a proibição da utilização de produtos fumígenos em ambientes coletivos. Em tais causas, antes de se pronunciar sobre a constitucionalidade de referidas leis, a Corte constitucional há de aferir a compatibilidade da Lei Federal nº 9.249/1996 – que em seu art. 2º autoriza o tabagismo nos denominados ambientes reservados, ou “fumódromos”, segundo a denominação popular – com as normas constantes da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, integrada em nosso ordenamento pelo Decreto nº 5.658/2006.²⁴

Em todos estes casos, é bastante provável que a apreciação da prejudicial de adequação das leis internas às normas internacionais de direitos humanos venha a assumir, pelo que representará em termos de *ratio decidendi*, dimensão e importância superior ao julgamento de constitucionalidade que a sucederá.

IV. O controle de constitucionalidade

Como de ordinário ocorre em todas as formas de atuação da jurisdição, há, também nas ações diretas, a oportunidade do exercício de um controle de constitucionalidade de tipo incidental. Com efeito, o conhecimento de questões prejudiciais atinentes à constitucionalidade das leis e atos do poder público não está vinculado, com exclusividade, ao controle do tipo difuso, podendo ser procedido – sem nenhuma descaracterização – na via do controle concentrado.

É certo que imbricação, em um mesmo processo, dos mecanismos típicos dos sistemas incidental e direto pode ocasionar certa estranheza: afinal de contas, como poderia um Tribunal constitucional, sem confundir os institutos, exercer o controle em tese de uma norma questionada em ação direta e, ao mesmo tempo, fiscalizar, incidentalmente, a adequação de outra sequer impugnada? Tal hesitação pôde ser verificada no voto do Ministro Sydney Sanches no julgamento da Adin 91:

“[...] o Supremo Tribunal Federal, em processo objetivo, como é o da ação direta de inconstitucionalidade, que impugna dispositivo de uma lei, em tese, não pode reconhecer, incidentalmente, a

Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª ed, Coimbra: Almedina, pp. 892-897.

²³Adin-MC 3.937, Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 12/06/2008. Ver, em especial, o voto condutor do Ministro Joaquim Barbosa.

²⁴A peculiaridade destes casos reside em que as leis incidentalmente questionadas diante das normas internacionais não são o objeto das ações diretas, mas sim dispositivos legais editados pela União Federal a título de exercício de sua atribuição para editar normas gerais em matéria de competência legislativa concorrente e a cujo conteúdo e abrangência os estados federados deveriam se circunscrever. O tema é detalhado no item IV.3 *infra*.

inconstitucionalidade de outra lei, que nem está sendo impugnada. Até porque a declaração incidental só é possível no controle difuso de inconstitucionalidade, com eficácia ‘inter partes’, sujeita, ainda, à deliberação do Senado no sentido da suspensão definitiva da vigência do diploma, ou seja, para alcançar eficácia ‘erga omnes’.”²⁵

Para que se enxergue com acuidade o fenômeno e, assim, superar perplexidades, basta, porém, resguardar o rigor da distinção entre as precitadas categorias do objeto processual e das questões prejudiciais e, além disso, atentar para a peculiaridade do encargo atribuído aos tribunais no desempenho da jurisdição constitucional.

Com rigor, a par do exame de constitucionalidade levado a efeito como pedido principal da ação direta – seu objeto –, questionamentos ancilares quanto a constitucionalidade de outros atos jurídicos podem surgir no decorrer de seu julgamento, de maneira a obstaculizar a apreciação do mérito do processo. Em tais hipóteses, uma vez identificada a prejudicial – seja por provocação dos participantes, seja *ex officio* –, é dever da Corte, como apanágio do princípio da supremacia constitucional, dar-lhe devida solução, para somente após decidir sobre a procedência dos pedidos formulados.

Aqui valerá, contudo, como de resto vale no sistema de controle difuso, a regra de que a declaração incidental de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade terá eficácia restrita ao processo em que proferida, sem carrear os atributos da eficácia geral ou vinculação objetiva. Dessa maneira, mesmo após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, permanecerá a mesma aberta a rediscussões, até que, eventualmente, seja sanada a controvérsia em processo objetivo – ação direta – que lhe tenha como o próprio objeto.²⁶

São expostos, em seguida, alguns casos em que, mesmo na seara das ações diretas, se vislumbra a possibilidade do exercício do controle incidental de constitucionalidade.

IV.1. Controle das normas processuais

A primeira situação em que se franqueia o controle incidental de constitucionalidade no controle concentrado diz respeito à análise da validade das normas processuais de julgamento das próprias ações diretas.

Alguns delineamentos básicos dos processos de ação direta são dados pela própria Constituição, notadamente no que se refere às partes legitimadas à sua propositura, aos intervenientes necessários e aos efeitos das decisões definitivas de mérito. Muitos outros institutos decorreram de desenvolvimento jurisprudencial e foram incorporados, pouco a pouco, aos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça estaduais. Somente em 1999 foram criados estatutos dos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, mediante a edição da Lei nº 9.868 – que trata da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade – e da Lei nº 9.882 – que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental.²⁷

²⁵Adin 91, Rel. Ministro Sydney Sanches, DJ 29/09/1995.

²⁶José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 53.

²⁷V. Gustavo Binbenojm, *Aspectos Processuais do Controle Abstrato da Constitucionalidade no Brasil*, in: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 213-242.

Franqueado o desenvolvimento dos processos objetivos pela legislação infraconstitucional, não é inusitado imaginar possa o legislador ordinário transgredir os parâmetros constitucionais de estruturação das ações diretas, com, v.g., a atribuição de legitimidade ativa a ator não incluído no rol do art. 103 da Constituição da República.

Não se poderá, diante de tal circunstância, avançar rumo à decisão da questão principal sem que se ultrapasse o exame incidental da constitucionalidade da norma processual, o que, nos precitados exemplos, implicaria a extinção da ação direta sem análise de seu mérito, dada a flagrante contradição das leis adjetivas com o texto magno.

IV.2. Controle da norma constitucional paradigma

São duas as hipóteses possíveis de controle de constitucionalidade de normas constitucionais: em primeiro lugar, para a aferição da conformidade das emendas à Constituição Federal aos preceitos de limitação formal e material ao poder reformador constantes de seu art. 60; em segundo, para o exame de validade das normas das Constituições estaduais aos parâmetros de observância obrigatória constantes da Carta Federal.

No caso das emendas à Constituição, a liberdade criativa do constituinte reformador é limitada por um núcleo superrígido de disposições normativas, denominadas cláusulas pétreas, e por requisitos formais concernentes ao procedimento e oportunidade de emendas à Constituição.²⁸

Em se tratando, por sua vez, do poder constituinte decorrente dos estados da federação, as limitações abrangem as normas de preordenação institucional e os princípios sensíveis e estabelecidos constantes da Constituição da República.²⁹

O antagonismo referido não suscita controvérsias quando deduzido no controle difuso – como fundamento do pedido – ou como objeto mesmo de ação direta de inconstitucionalidade. Deverá se proceder, em cada caso, de acordo com a sistemática própria de cada mecanismo de controle. O que fazer, contudo, quando as disposições constitucionais a que se alude são apontadas como paradigma de controle de juridicidade dos atos infraconstitucionais em ação direta? Aqui, mais uma vez, cabe à Corte constitucional, em afirmação de seu compromisso primeiro com a supremacia da Constituição, realizar a confrontação da norma paradigma com os desígnios do poder constituinte originário.

Assim, por excepcional que seja a hipótese, o controle abstrato de normas infraconstitucionais em face de dispositivo decorrente de emenda à Constituição federal envolve a antecedente – e incidental – apreciação da adequação da norma paradigma às limitações materiais e formais ao poder de reforma. De modo semelhante – e de certo mais freqüente –, ao examinar em sede de controle concentrado a compatibilidade de normas estaduais e municipais em face da Constituição estadual, deve o Tribunal de Justiça perquirir quanto à validade da norma paradigma – cuja violação é argüida – em face da Carta da República.³⁰

A atestar a validez da tese, vale conferir o que sobre o assunto foi dito

²⁸Oscar Vieira Vilhena, *A Constituição e sua Reserva de Justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 116-140.

²⁹Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Poder Constituinte do Estado-membro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, pp.130-163.

³⁰Sobre as peculiaridades do controle de constitucionalidade das Constituições dos Estados-membros, conferir a obra de Sérgio Ferrari, *Constituição Estadual e Federação*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, pp. 209-219.

pelo Ministro Moreira Alves quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Reclamação nº 383:

“[...] Tanto na ação direta em face da Constituição Federal perante o Supremo Tribunal Federal quanto na ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição estadual perante Tribunal de Justiça, pode surgir a questão – que é sempre federal – de a norma constitucional federal ou estadual, que levará à declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, seja inconstitucional. Com efeito, em ação direta proposta perante esta Corte em face da Constituição Federal, não poderá ela declarar incidentalmente que a emenda constitucional que introduziu na Constituição Federal o preceito que é incompatível com o ato normativo atacado é que é inconstitucional? É claro que poderá, pois seria inadmissível que o Supremo Tribunal Federal, para impor observância da Constituição, não pudesse declarar inconstitucional o que realmente o seria (o princípio nela inserido inconstitucionalmente), e tivesse de ter como inconstitucional a norma infraconstitucional que, em verdade, não infringiu a Constituição.

Ora, se essa questão raramente surgirá em ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal perante esta Corte dada a limitação dessas causas de inconstitucionalidade, o mesmo não se poderá dizer com relação às ações diretas de inconstitucionalidade em face das Constituições estaduais. Haja vista a freqüência com que esta Corte tem declarado inconstitucionais normas constitucionais estaduais.”³¹

Em sede doutrinária, Gilmar Ferreira Mendes espousa igual conclusão, nos seguintes termos:

“Nada obsta a que o Tribunal de Justiça competente para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição estadual suscite *ex-officio* a questão constitucional – inconstitucionalidade do parâmetro estadual em face da Constituição Federal – declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma constitucional estadual em face da Constituição Federal e extinguindo, por conseguinte, o processo, ante a impossibilidade jurídica do pedido (declaração de inconstitucionalidade em face de parâmetro constitucional violador da Constituição Federal).”³²

No caso do controle em face da Carta estadual, esse exame incidental

³¹RCL 383, Rel. Min. Moreira Alves, DJ. 17/06/1992.

³²Gilmar Ferreira Mendes, *O controle de constitucionalidade do direito estadual e municipal na Constituição Federal*, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=122&p=1>, acesso em 21 de janeiro de 2010.

da constitucionalidade na norma paradigma é um dos fundamentos que viabilizam a interposição de recurso extraordinário da decisão do Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal, a quem se devolverá a matéria para, em instância final, deliberar sobre a compatibilidade da Carta estadual com a Constituição Federal, o que – como afirmado no precedente da Reclamação nº 383 – é sempre questão federal.³³

IV.3. Competência legislativa concorrente: o controle incidental como mecanismo de resolução de conflitos entre norma geral e norma suplementar.

A Constituição de 1988 inovou de forma significativa em matéria de organização da federação brasileira, em especial pela envergadura atribuída ao compartilhamento de competências legislativas entre a União e os entes federativos menores. A partir do art. 24 da Carta Política, a competência normativa concorrente ganhou autonomia material e formal, superando a configuração acanhada das precedentes Constituições, nas quais a competência supletiva ou complementar dos estados-membros somente era exercida no caso de preexistência da lei federal.³⁴ No sistema atual, não apenas se expandiu o rol de matérias suscetíveis à regulação concorrente como também se reconheceu, em relação a elas, competência legislativa autônoma dos estados, que será plena à falta de legislação federal, ou suplementar em sua presença.

Inobstante as regras de composição insculpidas nos parágrafos do art. 24, antecipa-se de tal arranjo de competências superpostas um sem número de conflitos, de mais pelas indefinições quanto aos espaços próprios à incidência das denominadas *normas gerais* editadas pela União e seu confronto com as disposições normativas que sobre o mesmo tema façam editar os estados. Com efeito, nem sempre são respeitados os limites próprios da atuação de cada ente da federação, o que termina por demandar correção judicial.

Em sua formulação teórica, a lei de normas gerais deve consistir em uma espécie de lei quadro, não exaustiva, e que, atenta à necessidade de uma uniformização mínima no trato de questões de relevo nacional, institua, para se espalhar por todo o país, a principiologia básica sobre certa matéria. À lei estadual suplementar competirá introduzir a lei de normas gerais no ordenamento estadual, com o preenchimento de suas lacunas em conformidade às peculiaridades locais.

São muitos os desvios que, na prática, são impingidos a essa formulação. Por vez se verifica de a União federal extrapolar o seu campo de competência mediante a edição, a título de norma geral, de leis minuciosas e detalhadas ao ponto de invadir o espaço de conformação normativa reservado pela Constituição aos estados federados.³⁵

Por outro lado, respeitados os pressupostos de sua competência constitucional, uma vez que a União venha a editar norma geral para a disciplina de

³³Idem, *ibidem*.

³⁴Cf. HORTA, Raul Machado, *Estudos de Direito Constitucional*, Del Rey: Belo Horizonte, 1995, p.418.

³⁵No que sobeja, portanto, aos aspectos gerais, as normas editadas pela União em exercício de competência concorrente são, *ao menos em relação aos estados*, inconstitucionais. A ressalva é necessária porquanto não se detrai necessariamente do vício aludido uma inconstitucionalidade total, senão apenas o reconhecimento de que, naquilo que transborda as normas gerais, a lei editada pela União é válida apenas em relação a si própria – à sua estrutura e atribuições – e não aos estados, o que reclama a aplicação da técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Como *leading case* do assunto, ver a Adin nº 927-3/RS, na qual se apreciou a constitucionalidade de dispositivos da Lei federal nº 8.666/93, que institui normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

determinada matéria, não podem os estados, a título de suplementação, passar leis que contradigam os desígnios basilares do legislador nacional ou que lhe frustre os objetivos, de maneira a praticamente negar-lhes vigência. À adaptação da lei geral – e não à sua negação – deve ser destinado o exercício da competência legislativa suplementar.

Por conta disso é que, em princípio, não se admite que os estados possam proscrever em seus territórios atividades cuja licitude e desempenho são reconhecidos e regulados pela legislação geral editada pela União; e tampouco criar exigências que, suplantando as necessidades de adequação às particularidades locais, importe em embaraços ao seu exercício.

Nessa linha, são vários os julgados do Supremo Tribunal Federal em que se afirma a inconstitucionalidade de leis estaduais que buscavam impedir o exercício de atividades autorizadas pelas normas gerais da União ou inaugurar regulamentação paralela e contraposta à legislação federal vigente.³⁶

Há, todavia, situações em que a supremacia das normas gerais pode ser validamente desafiada pela legislação estadual concorrente. Trata-se dos casos em que o ente central, embora dentro do seu campo de atuação formal de edição de normas gerais, vale-se, para a disciplina de um tema, de preceitos normativos que violam diretamente a Constituição, ao passo em que as normas estaduais preservam conformidade à Lei superior.

Seria a hipótese, *verbi gratia*, das normas gerais federais de regulação da educação e do consumo, de proteção ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural – dentre outros assuntos previstos no art. 24 da Constituição Federal – que não se desincumbissem adequadamente dos deveres de proteção impostos aos poderes públicos como decorrência dos direitos fundamentais.³⁷ Nestes casos, em existindo normativa estadual mais rigorosa, porém capaz de assegurar proteção eficaz aos bens jurídicos constitucionais, é ela que deve prevalecer, e não a inidônea legislação federal.

Em matéria, portanto, de controle da competência legislativa suplementar dos estados, antepõe-se o exame da validade da legislação geral em vigor, a qual, caso contrarie a Constituição, não poderá balizar o legislador estadual. Num tal cenário, dado o vício de constitucionalidade verificado e o vazio normativo que lhe é consectário – pois, afinal, a norma inconstitucional é, *ab initio*, destituída de eficácia – resta preservada a competência supletiva ampla do Estado, nos termos do art. 24, § 3º, da Constituição da República.

Posta esta questão no contexto do controle concentrado de

³⁶Vide: Adin 3645, Relatora Min. Ellen Gracie, DJ 01-09-2006; ADI 2903, Relator Min. Celso De Mello, DJ 19-09-2008; ADI 3035, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 14-10-2005.

³⁷Sobre o tema dos deveres de proteção em matéria de direitos fundamentais, leciona Ingo Sarlet: “Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (Schutzpflichten) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.” (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 149-150). Conferir também Daniel Sarmento, *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria*. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XII, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, pp. 322-323; e Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120.

constitucionalidade, vê-se que o cotejo da norma federal geral com a Constituição deve anteceder, lógica e cronologicamente, o controle da lei estadual que se venha a impugnar em razão do aparente conflito federativo. E outra forma não há para proceder a esta análise senão mediante o controle de constitucionalidade incidental da lei federal.

É exatamente este tipo de controle que o Supremo Tribunal Federal ensaia realizar na precitada Adin 3.937, que julga a validade da Lei nº 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que proíbe o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Com efeito, diante do evidente conflito entre o diploma estadual e a Lei Federal nº 9.055/1995 – que, dentre outros aspectos, permite a utilização do amianto do tipo crisotila –, a Corte Constitucional claramente admitiu discutir a constitucionalidade desta última. Veja, assim, o seguinte trecho do voto do Ministro Eros Grau no julgamento da medida cautelar:

“A mim parece que essa discussão demanda uma análise mais abrangente. Nos termos do art. 24, inciso VIII, a competência para legislar sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor seria concorrente, cabendo à União, aos Estados, Municípios e aos Distrito Federal a produção de atos normativos referentes à matéria.

Estou plenamente ciente de que a Lei Federal nº 9.055 não é objeto desta ação, mas não vejo outra solução a ser tomada para o deslinde da questão senão a da declaração da inconstitucionalidade da Lei Federal. Ela está aqui, diante de nós. Nós estamos tomando conhecimento da inconstitucionalidade de uma Lei Federal. Somos uma Corte Constitucional. O que eu digo é que a causa de pedir nos feitos de declaração de inconstitucionalidade é aberta. Estamos aqui para controlar, para conferir força normativa à Constituição e há uma lei federal, que – é verdade – não é objeto desta ação, mas que desafia a Constituição. [...]

Indago se, em hipóteses como essas, de confronto necessário entre lei estadual e lei federal, a Corte estaria presa ao pedido contido na petição que deflagra a análise da constitucionalidade de determinado tema. Eu penso, Senhor Presidente, que é imprescindível o exame da conformidade da Lei Federal com o texto da Constituição do Brasil. Eu não posso fazer de conta que essa afronta não existe. Desejo, pelo menos do meu ponto de vista, afirmar essa inconstitucionalidade, que não posso, em hipótese alguma, fazer de conta que não vejo. Há estudos científicos segundo os quais o uso do amianto é prejudicial à saúde daqueles que manipulam o material. A Lei Federal nº 9.055 parece-me violar o art. 196 da Constituição do Brasil [...]

Diante da inconstitucionalidade flagrante da Lei Federal, que autoriza o uso do amianto, não tenho dúvida nenhuma de que sua inexistência – porque o que é afrontoso à

Constituição não existe – torna perfeitamente compatível com a Constituição a competência dos Estados-membros para legislar.”

Para rematar o raciocínio, resta acrescentar que este exame de constitucionalidade – imprescindível que é – deve ser realizado, no caso, mediante o controle de tipo incidental, com todos os seus consectários, o que basta para ilidir questionamentos quanto à adstrição ao pedido deduzido e à observância do contraditório.

Questões semelhantes não de ser abordadas, pelo Pretório Excelso, no julgamento das Adin’s 4.249 e 4.306, em que são atacadas leis editas pelos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente, para o controle do uso de produtos fumígenos em ambientes coletivos. Quando dos julgamentos, por certo se procederá, como questão prejudicial, ao cotejo da Lei Federal nº 9.294/1996 – que, ao contrário dos diplomas estaduais, autoriza o fumo nos recintos coletivos, desde que em área destinada exclusivamente a esse fim – com os dispositivos constitucionais referentes aos direitos fundamentais à saúde, à proteção do trabalhador, e ao meio ambiente equilibrado.

V. Conclusão

A exposição procedida pretendeu demonstrar a riqueza de formas com que as técnicas de controle de constitucionalidade podem ser empregadas em nosso ordenamento jurídico, inclusive pela conjugação de mecanismos aparentemente inconciliáveis – como soem ser o controle concentrado e em tese e o controle difuso e incidental de constitucionalidade.

Visou-se, outrossim, atentar para como o manejo preciso das categorias da teoria geral do processo pode contribuir para a compreensão e aceitação do controle difuso de vigência e de validade das leis no âmbito das ações diretas, com a superação de obstáculos e incompatibilidades aparentes. É este o caso do impulso oficial, da adstrição ao pedido e do *altera pars audiatur*: ao se ter em mente a natureza incidental com que, nas hipóteses mencionadas neste estudo, é exercido o controle, percebe-se que em nada se transgride os consagrados dogmas da atuação jurisdicional.

Por outro lado – e vai aqui uma advertência –, na medida em que se consolidarem certas tendências evolutivas, como a vinculação transcendente dos motivos determinantes das decisões em ação direta,³⁸ ou a eficácia *erga omnes* das decisões do Supremo proferidas, em última instância, em controle incidental de constitucionalidade,³⁹ será necessário, a fim evitar a desintegração de princípios processuais básicos de nossa tradição jurídica – notadamente o contraditório e a ampla defesa – a simultânea revisão de procedimentos, sobretudo com sua abertura aos entes públicos e privados interessados no resultado do julgamento.

³⁸Rel 1.880-AgR, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ de 19-3-04

³⁹Conferir o RE 197917, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 07-05-2004 e a Adin 3345, julgamento em 25/08/2005.